

prestación característica, como bien señala la AP de Valencia, es la «obligación del contrato que define o caracteriza *el tipo de contrato* y desvela su función económica y jurídica» (la cursiva es mía). Puede que en algunos contratos no sea fácil de identificar, pero en *todo* contrato de compraventa la prestación característica se identifica con la obligación de entrega, al margen de los vínculos que el contrato en particular presente con unos u otros países. Así, tanto en el CR 80 como en el RRI, la ley aplicable a un contrato de compraventa es, en principio, la de país donde tiene su residencia habitual el vendedor (en el caso, Alemania). Posteriormente intervendrá el correctivo funcional de la cláusula de escape si se advierte que de las circunstancias claramente se desprende existe otra ley manifiestamente más vinculada con el contrato. Y es en este punto —y no al determinar cuál sea la prestación característica— cuando cabe tomar en consideración esas circunstancias, esto es, extremos que se desprenden de la relación contractual, como el lugar de entrega de las mercancías, de celebración del contrato, o de pago.

Así, la AP da una respuesta más adecuada que el JPI a la cuestión de la ley aplicable a la prescripción (es la alemana), pero no acaba de acertar en todos los puntos de su argumentación, por tres motivos principales. Primero, porque también comete el error de la doctrina de la AP de Vizcaya: para la determinación de la prestación característica busca precisar las conexiones del contrato en particular con un país u otro. Segundo, porque al definir los elementos jurídicos de estas conexiones (lugar y momento de la celebración del contrato, lugar de entrega de las mercancías) prescinde de la normativa que resultaría aplicable, esto es, la CV 1980 (véase *supra* § 2). Finalmente, porque parece inventar una norma de conflicto cuando afirma que «la lógica jurídica impone que los plazos de prescripción de la acción resolutoria sean los del país que entrega la mercancía». Cabe, a este respecto, preguntarse, si, a juicio de la AP, hubiese cambiado algo el hecho de que se hubiese acordado la entrega en el establecimiento del comprador.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS  
Universidad Complutense de Madrid

### 3.4. Sucesiones internacionales

2014-30-Pr

**SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.**—Causante de nacionalidad marroquí y confesión judía.—Reclamación de legado de deuda.—Aplicabilidad de la ley nacional del difunto.—Remisión *ad extra* a un ordenamiento plurilegislativo de base personal.—Reenvío de retorno: imposibilidad.—Orden público: improcedencia.—Desestimación de la demanda por falta de prueba del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: arts. 9.8, 12.2, 12.3, 12.5 y 12.6.II (*sic*) CC.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>) núm. 391/2013, de 27 de septiembre.** Ponente: Fernando Delgado Rodríguez.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/5518.**

*Hemos de partir de la base que la ley aplicable a la sucesión es la nacional del causante, puesto que el art. 9.8 CC es [en este extremo] terminante [...]. El artículo 12.5 del*

*Código civil español establece que «Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el cual coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación de lo que es aplicable entre éstos se debe hacer de conformidad con la legislación de dicho Estado». En este caso, según la cláusula segunda del testamento abierto enjuiciado, la remisión en materia de sucesión testada es a la ley hebraica reconocida en Marruecos, por lo que no hay conflicto de leyes, al ser de preferente aplicación la ley hebraica reconocida en Marruecos, sobre la española, sin perjuicio de la situación de los inmuebles y de la última residencia habitual del difunto, puesto que tanto los unos como la otra están situados en España [...]. Esta solución se ampara, además, en otros tres argumentos. Primero, el Derecho español [es el] más próximo y mejor conectado al caso y es el derecho material más próximo a las autoridades, funcionarios o tribunales que lo tienen que aplicar. Segundo, el principio que establece el artículo 12.5 del Código civil español es aceptado de manera general en materia de derecho internacional privado no sólo por la doctrina que lo trata, sino también, por multitud de tratados internacionales [...], y [tercero,] está claro que [el] vínculo más efectivo [del testador con una de las legislaciones que componen el sistema] es con la legislación española. No obstante, en esta compleja materia sucesoria con tantos intereses implicados, la jurisprudencia [del TS] marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria [...]. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio [...]; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad.*

*Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante, y mientras que no se demuestre que es contraria al orden público español se rige por su ley nacional, es decir, por la legislación hebraica que reconoce la libertad de testar a los nacionales marroquíes, que profesen la religión hebrea. Y, en consecuencia, procede confirmar la desestimación de la demanda, teniéndose por reproducidos los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia, que son afines a la doctrina del Tribunal Supremo [...], [que] adaptamos al presente supuesto de hecho, del modo siguiente: En primer lugar porque no puede en España aplicarse de oficio, ni a instancia de parte, la ley extranjera, más aún de carácter religioso, cuando —como en este caso— no se acredita de forma suficiente [...]. No es bastante, en segundo término, a la vista del art. 12 del Código Civil, para «acreditar el contenido» del derecho hebraico relativo a ciudadanos marroquíes en la materia de sucesiones el certificado de 27 de febrero de 2008 del Rabinato de la Comunidad Judía de Madrid [...]. Aparte de ello no se acredita, como era necesario, tampoco «la vigencia del Derecho extranjero, como exige el citado art. 12 [...]». En tercer lugar, la norma aplicada por la sentencia recurrida [...], se refiere a una institución sucesoria, como el legado, y a una consecuencia de su fijación que bien puede ser considerada de orden público en nuestro Derecho, que impediría la aplicación del Derecho extranjero que no haya sido debidamente acreditado (art. 12, apartado 3.º del Código Civil), ni por tanto puede determinarse si es opuesto al vigente en España si hubiera que aplicar al caso discutido el expresado art. 12.3 [...], como podría suceder si se acuerda una sucesión hereditaria, cualquiera que sea su clase, sin ordenar que antes de ser asumida se deduzcan las deudas que pesaban sobre el causante por haberlas contraído el mismo [...].*

**Nota.** 1. Motiva el presente comentario una decisión, sin pies ni cabeza, que pone de relieve algunos de los principales defectos —de diseño y de funcionamiento— del sistema español de DIPr. Por una parte, muestra la habitual poca familiaridad de los jueces con los resortes técnicos de nuestra disciplina [sobre sus causas y perspectivas de posible mejora, véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), de 1 de junio de 2011», *REDI*, 2012-11-Pr]; por

la otra, pone en evidencia, una vez más, las distorsiones que provoca en la práctica judicial la poca claridad con que, en nuestro DIPr, se define la incorporación al proceso de las normas extranjeras que, por prescripción de la norma de conflicto, tendrían que resolver una *litis* de naturaleza transfronteriza. Dejando esta cuestión para el final, abordaremos previamente otros problemas con los que se ha encontrado la AP de Madrid.

2. Antes de nada, sin embargo, es preciso relatar brevemente la historia del caso. Para entenderlo cabalmente, es indispensable una lectura de la Sentencia (196/2012, de 1 de septiembre) del JPI (núm. 39 de Madrid), a la que hemos tenido acceso. De ella, se colige que el litigio enfrenta a los presuntos legatarios de un ciudadano marroquí de confesión judía con los herederos del mismo. El causante fallece en España, en 1997, luego de un largo periodo de residencia en nuestro país. En 1975, había otorgado ante notario español un testamento [cuyas cláusulas iniciales rezan: «Primera.—Declara que es de nacionalidad marroquí y de raza y religión hebrea, en el seno de cuya religión ha nacido, vivido y espera con favor de Dios perseverar y morir. Segunda.—Manifiesta que es natural de Casablanca, del Reino de Marruecos, y que por tanto y por conservar la nacionalidad marroquí está sometido a la legislación de dicha nación en cuanto se refiere al derecho sucesorio, por remisión de la misma al derecho hebraico, el cual otorga libertad absoluta de testar y de disposición de bienes»] en el que había instituido herederos universales por partes iguales a sus hijos, pero en el que asimismo había legado a su madre y a sus hermanos, por partes iguales y proindiviso, el usufructo vitalicio del ochenta por ciento de los bienes inmuebles que poseía al tiempo de su matrimonio, celebrado en 1973, por haberlos adquirido con capital familiar. Abierta la sucesión, los pretendidos legatarios reclaman que se declare judicialmente la existencia del legado o, subsidiariamente, de la deuda contraída por el difunto. En el fallo, se desestima la demanda por «la falta absoluta de prueba del contenido del derecho aplicable» (FJ 1.º *in fine*); veredicto que es confirmado en apelación.

3. De las diversas cuestiones que suscita el caso, hay una que destaca por encima del resto: si el Derecho extranjero hubiera sido debidamente acreditado, estaríamos —pues no nos consta lo contrario— ante la primera ocasión en que los tribunales españoles habrían tenido que vérselas con un supuesto de remisión *ad extra* a un ordenamiento plurilegislativo de base personal. Tenemos —mala— experiencia en la aplicación —o, mejor dicho, inaplicación— del art. 12.5 CC en remisiones a legislaciones de Estados en los que, por mor de su organización territorial, conviven distintas normativas civiles. En nuestra jurisprudencia, el problema —si se detecta— se resuelve mediante «una remisión directa inconsciente», que es sorprendente, porque se emplea «cuando el criterio de localización es la nacionalidad, sin [...] justificar ni detallar cuál es la conexión subsidiaria utilizada ni por qué se ha utilizado» [SÁNCHEZ LORENZO, S., «Art. 12, apartado 5», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2.º, Arts. 8 a 16 del Código Civil, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 959]. Para tener presente este modo de proceder, baste recordar, por ejemplo, la STS de 15 de noviembre de 1996 (*Lowenthal*, en la que parece tomarse en cuenta el lugar de origen del causante) o la STS de 30 de abril de 2008 (*O'Brien*, en la que se recurre al último domicilio del finado). En el caso que nos ocupa, la situación es sustancialmente distinta, porque el art. 9.8 CC remite a un ordenamiento jurídico, el marroquí, en el que tiene cabida un Derecho, el mosaico, cuya aplicación no depende de un criterio susceptible de concreción territorial sino de uno de naturaleza personal —la pertenencia del sujeto a la comunidad israelita— imposible de localizar espacialmente. En un escenario como éste, el art. 12.5 puede mostrar sus

mejores virtudes, pues el sistema de remisión indirecta que contiene permite superar la incapacidad de la conexión nacionalidad para determinar directamente cuál de los derechos del ordenamiento plurilegislativo extranjero —de implantación territorial o, como ocurre aquí, personal— es el aplicable. Por otra parte, el principal inconveniente de la remisión indirecta —que la *lex causae* carezca de reglas para solucionar los conflictos internos—, no concurre en el supuesto examinado, ya que el Código de Familia marroquí de 2004 dispone de un precepto —el art. 2 *in fine*— que indica que «[l]os judíos marroquíes están sujetos a las normas del Estatuto Personal Hebreo» (versión española tomada de QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, tomo I, *África del norte y América latina*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 51).

4. A diferencia de la SJPI —en la que el reenvío no aparece—, la SAP entra a discutir la conveniencia de su admisión. La única explicación lógica de por qué, en segunda instancia, surge la cuestión es la de que, al ver inicialmente desestimada su demanda por falta de prueba del Derecho extranjero, los actores aducen, en apelación, la innecesariedad de tal prueba al ser aplicable al fondo de la controversia la ley española en virtud del reenvío de retorno que el sistema conflictual marroquí hace a nuestro Derecho material. Los recurrentes olvidan que, si este hubiera sido el caso, les correspondía a ellos la acreditación de la existencia, el contenido y la vigencia de la norma de conflicto marroquí que restituía la competencia legislativa al Derecho español (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 7.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, 2013, p. 175). En vez de hacer notar a los apelantes esta incoherencia, la AP de Madrid se pierde en insustanciales divagaciones sobre la universalidad de la herencia y la armonía de soluciones que demuestran una mala digestión de la doctrina del TS al respecto. Y eso que la AP podía haber esgrimido sólidos argumentos para descartar el juego del reenvío en este supuesto. En primer término, podía haber alegado que, si bien el DIPr español no admite una *professio iuris* como la incluida en el testamento litigioso, el reenvío no debería operar en casos de sucesión testada conforme a la ley nacional del causante [VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XLII (2004), pp. 204-208]. En segundo lugar, podía haber hecho hincapié en que, en los ordenamientos plurilegislativos erigidos sobre la base del estatuto personal, la exclusión del reenvío es consustancial a su idiosincrasia [para los países islámicos, véase DÉPREZ, J., «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *Recueil des Cours*, tomo 211 (1988-IV), p. 96], aunque esta idea podría matizarse cuando el Estado de que se trate haya asumido la competencia legislativa —tanto en la vertiente material como en la conflictual— para los diversos grupos de población que se integran en él (PARISOT, V., *Les conflits internes de lois*, vol. II, París, IRJS Éditions, 2013, p. 2218). Por último, incluso en la hipótesis de que Marruecos hubiera codificado su DIPr en esta línea —que no lo ha hecho—, podía haberse observado algo tan sencillo como que, para que cupiera hablar de reenvío, el punto de conexión de la norma de conflicto marroquí relativa a las sucesiones habría de ser diferente del empleado por la regla española equivalente [BOUZA VIDAL, N., «Art. 12, apartado 2», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.), *op. cit.*, p. 881]; condición que no se cumple, ya que el *Dahir* de 1913 —que es la fuente primordial del DIPr marroquí— se sirve, en su art. 18, de la nacionalidad del *de cuius* para designar la *lex successionis* [SEFRIQUI, H., «Rapport National Maroc», *Notarius International*, 10 (2005/1-2), pp. 46-47], al igual que hace el art. 9.8 CC.

5. Proclive a «amontonar» los argumentos [ARENAS GARCÍA, R., «Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.<sup>a</sup>), de 10 de julio de 2000»,

REDI, 2001-3-Pr], la AP de Madrid aduce que un Derecho, como el de los hebreos marroquíes, que permitiera el pago de los legados sin la previa satisfacción de las deudas del causante podría contrariar el orden público español. Cabe hacer dos objeciones al respecto: primera, resulta difícilmente imaginable una normativa que no se ajuste a una pauta sucesoria tan universal como es la de la prioridad de los acreedores hereditarios frente a los legatarios; con más razón, cuando estamos ante una regulación, la propia de los judíos de la mitad norte de Marruecos —lugar de origen del difunto—, muy influida por el Derecho castellano (SEFRIQUI, H., *loc. cit.*, pp. 43-44); segunda, toda vulneración de un principio esencial del foro pasaría siempre por la acreditación en el proceso del contenido intolerable del Derecho extranjero, circunstancia que aquí no se ha producido.

6. La desestimación de la demanda por parte del JPI se debe, como se ha dicho, a la falta de prueba de la legislación extranjera por parte de los actores (los demandados, en cambio, sí que intentan sin éxito acreditarla). En su resolución confirmatoria, salvo la reiterada y chocante alusión al art. 12.6.II CC, la AP no añade nada digno de reseña. No entraremos ahora a analizar cuál es la mejor manera de solventar déficits probatorios de este tipo, porque es un debate muy bien delimitado (sobre las diferentes soluciones, con sus ventajas y desventajas, véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 520-521) y los actuales mimbres legales y jurisprudenciales no dan para mucho más. Sí que queremos, en cambio, hacer unas reflexiones sobre el tema al hilo del caso que estamos anotando. ¿Tiene sentido que, en un litigio como el que nos incumbe, se desestime la demanda por no haberse aportado a la causa el Derecho extranjero competente cuando el testador —aun sin gozar de autonomía conflictual para ello— ha dejado meridianamente claro —también a sus sucesores, potenciales litigantes— cuál es la legislación que ha tenido en mente a la hora de otorgar sus últimas voluntades, deseando que rija la transmisión *mortis causa* de su patrimonio? ¿Es lógico que, en un pleito en el que cuando menos una de las partes se ha esforzado por acreditar el Derecho aplicable, el juez, que no ha ayudado en nada —más bien todo lo contrario—, se incline por desestimar la demanda sobre la base de la falta de prueba? Se ha afirmado con razón que, en estos supuestos, la desestimación de la demanda es más un reproche a un comportamiento procesal poco diligente de las partes que una respuesta sobre el fondo de sus pretensiones (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional», *REDI*, 2002-1, pp. 220-221). Ahora bien, convendría añadir que, en determinadas circunstancias, la sanción impuesta puede acabar resultando asumible dado su carácter temporal. Imaginemos que, por ignorancia o por conveniencia, los abogados de la parte actora de nuestro caso deciden no aportar la ley que —por voluntad del causante y por indicación de la norma de conflicto— tiene que disciplinar la sucesión, ¿qué es a lo que se exponen con su inidónea conducta procesal? Se arriesgan a que su demanda sea *en principio* desestimada. Pero supongamos que los letrados saben que, a pesar de este contratiempo, si recurren todas las decisiones y el asunto llega al TS —como al parecer aquí ha sucedido—, el Alto Tribunal fallará de conformidad con el Derecho español, que es lo que pretendían desde el inicio. Ciertamente, el pleito habrá sido largo y oneroso, pero ellos habrán conseguido su propósito de eludir la aplicación del Derecho extranjero competente, poniendo nuevamente de manifiesto la principal falla de nuestro sistema de DIPr. En las conclusiones del trabajo anteriormente citado, se reclamaba una clarificación legal (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*, pp. 222-223), pero, desde entonces, ha transcurrido más de una década y todo sigue igual. Aunque tal vez no por mucho tiempo, porque hay indicios de que se avecinan cambios. Por un lado,



el art. 33.3 del reciente Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil establece que «[e]n aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español». No obstante, esta aplicación supletoria de nuestra legislación, prevista con carácter potestativo, no parece que vaya a modificar sensiblemente los hábitos judiciales, pues los tribunales ya la ponen usualmente en práctica. Por otro lado, de mucha mayor trascendencia es la iniciativa científica encaminada a que la Unión Europea se dote para la Parte General del DIPr de unas reglas uniformes, las cuales deberían, sin duda, abordar la cuestión de la alegación y prueba del Derecho extranjero, decantándose por una solución que acabe dejando en manos del juez la inexcusable determinación del contenido de la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto [KIENINGER. E.-M., «Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts», en LEIBLE, S. y UNBERATH, H. (ed.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena, JWV, 2013, p. 499]. De la suerte que corra este instrumento comunitario, hoy embrionario, puede depender que, en un futuro cercano, no nos volvamos a topar con casos como el que está en el origen de estas páginas.

Josep M. FONTANELLAS MORELL\*  
Universidad de Lleida

2014-31-Pr

**SUCESIÓN TESTAMENTARIA.—Escritura de manifestación y adjudicación de herencia.—Impugnación.—Derechos que por ministerio de la ley le corresponden al cónyuge supérstite.—Preterición.—Sujeción a los propios actos.**

Preceptos aplicados: arts. 9.1, 9.2, 9.3, 9.8, 12, 13, 814, 816, 837, 838 y 851 CC.

**Sentencia TS (Sala 1.<sup>a</sup>) núm. 624/2013 de 28 abril de 2014.** Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

**F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2014/2795**

4. *En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación sistemática de los arts. 9.2 y 9.8, in fine, del Código Civil lleva a que los derechos sucesorios de doña Ariadna, como cónyuge supérstite, deban ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.*

*Por otra parte, y dentro del debate planteado, también debe señalarse que, en el presente caso, no resulta aplicable la doctrina de los actos propios, (STS de 15 de junio de 2012, núm. 399/2012), pues la mera disposición de algunos derechos o bienes de la herencia, por la aquí recurrente, no constituyen actos inequívocos y concluyentes en orden a la renuncia de los derechos hereditarios que legalmente le corresponden; de la*

---

\* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado «La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.